Lima, octubre de 2007 - Año 6
Revista de actualidad jurídica

www.enfoquederecho.com

enfoque DERECHO 65



unapublicacióndethemis

ÍNDICE

Sugerencias y comentarios
enfoque@revistathemis.com
www.enfoquederecho.com

En la Mira

Fujimori extraditado: el gran reto del Poder Judicial

El doctor Ogushi, catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Tokio y miembro de la Red Japonesa por un Juicio a Fujimori, en la entrevista que le realizamos durante su última visita a Lima nos decía que tenía un pronóstico reservado en cuanto al resultado del proceso de extradición de Fujimori, sin embargo consideraba que la Corte Suprema de Chile era bastante más independiente de lo que se pensaba en el Perú.

Al parecer tenía razón, ya que pocos hubieran podido imaginar que la extradición fuera a declararse procedente respecto a siete casos, incluidos los más graves que cuentan con las penas más altas, por los que ahora el ex presidente extraditado tendrá que responder en los tribunales peruanos que tanto trató evadir.

Es evidente que Fujimori nunca quiso regresar al Perú a través de un proceso de extradición para ser juzgado por delitos de lesa humanidad y de corrupción. Decir ahora que todo es parte de una estrategia para ser procesado únicamente por una cantidad de casos y no por todos los que le fueron imputados, solamente puede demostrarnos que su intención siempre fue evadir la justicia peruana. Además es curioso que el discurso fujimorista ahora consista en todo aquello que es absolutamente incompatible con la corrupción, pues en todas las declaraciones de sus partidarios las frases que más se escuchan están dirigidas a la realización de un debido proceso o a garantizar la independencia del poder judicial.

La independencia del poder judicial es una condición necesaria para garantizar el debido proceso y las garantías que lo integran, como el derecho al juez natural que no es otra cosa que el derecho a ser juzgado por un tercero imparcial predeterminado por la ley. En consecuencia es muy poco probable que el juzgador vaya a ser imparcial si es que no está garantizada su independencia. A pesar de ello puede haber juzgadores que, aún con la interferencia de otros poderes en el judicial, actúan imparcialmente, como el caso de la conocida jueza Saquicuray que decidió inaplicar la Ley de Amnistía en el caso Barrios Altos en el año 1995 en su sentencia de primera instancia.

Sin embargo en el desarrollo de dicho proceso, como una demostración de la vulneración a la independencia del Poder Judicial, justamente antes de la audiencia en la 11° Sala Penal que conocía la apelación de la sentencia de la Jueza Saquicuray, el Congreso aprobó una segunda Ley de Amnistía, Ley N° 26492, que amplió los alcances de la primera incluyendo a todos los funcionarios que pudieran ser denunciados por violaciones a los derechos humanos, además de señalar que no era revisable en sede judicial. Sus efectos por tanto fueron impedir que los jueces se pronunciaran sobre la primera ley, invalidar la sentencia de la Jueza Saquicuray, e impedir pronunciamientos similares en el futuro.

En relación a la intervención en los poderes del Estado ello solo es un ejemplo. También se atropelló la institucionalidad democrática cuando algunas instituciones comenzaban a ser una incomodidad para el régimen ya que, entre otras cosas, se destituyó a los magistrados del Tribunal Constitucional, o se recortó las facultades al Consejo Nacional de la Magistratura lo que llevó a la renuncia de sus miembros. Por algo sería que el propio Vladimiro Montesinos reconocía que la llamada reforma judicial duraría hasta el último de los días, pues lo que realmente buscaba era una intervención en los distintos poderes del Estado, incluyendo lógicamente el poder encargado de administrar justicia y vulnerando de manera absoluta su independencia, la misma que en estos tiempos es reclamada por quienes avalaron esos hechos.

Sin embargo, y por mas que no sean los mas legitimados, el discurso de los fujimoristas actualmente es cierto. El ex presidente, ahora extraditado, debe ser procesado con todas las garantías que integran el derecho al debido proceso y en el marco de un poder judicial independiente. Finalmente así corresponde actuar frente a todo ciudadano que se presenta ante alguna autoridad jurisdiccional.

Confiamos que en el ámbito jurisdiccional ello va a ser así. Sin embargo, actualmente en el ámbito político es importante entender que nada justifica lo sucedido, porque la historia demuestra que el autoritarismo y la corrupción no pueden hacerle bien en ningún sentido a un país, por lo que corresponde estar muy atentos con lo que suceda en el futuro para asegurar la institucionalidad democrática.



Enfocando la realidad

Punto de vista

Administración "satisfecha"

Julio Guadalupe

En materia aduanera encontramos algunos casos en los que la normativa le da a la autoridad aduanera, por así decirlo, licencia para actuar en forma "discrecional", circunstancia que determina que, en algunos casos, el administrado pueda ser, como de hecho ocurre, sujeto de determinados requerimientos de índole subjetivo que deberá atender en aras de regularizar el régimen aduanero del que se trate.

Empero, dicho actuar discrecional no implica que la Administración cuente con un cheque en blanco que el funcionario público pueda llenar a su libre criterio y albedrío, ya que tal actuación deberá resultar, necesariamente, acorde con la finalidad que la ley persigue. Por ello, resultará importante tener muy en claro dicha finalidad, ya que cuanto más lejos de ella se encuentre la actuación del funcionario público más cerca estaremos de una arbitrariedad.

Como vemos, la aludida "discrecionalidad" no debería acarrear problemas ni formales (en el cause del procedimiento) ni de fondo (afectación a los intereses del administrado) en la medida que no se "pierda el norte" hacia el cual apunta la norma.

Teniendo en consideración lo antes mencionado, haremos referencia a lo señalado en el numeral 55 del Rubro A de la Sección VII del Procedimiento de Exportación Definitiva en el sentido que el exportador cuenta con un plazo de quince días hábiles computados a partir del día siguiente del término del embarque para regularizar, a través de su agente de aduanas, el régimen de exportación mediante la transmisión electrónica de la información complementaria de la DUA y la presentación de los documentos que la sustentan "a satisfacción de la autoridad aduanera"

En primer lugar, creemos que la referencia de que un acto debe ser realizado "a satisfacción de la autoridad aduanera" resulta, por decirlo de alguna manera, poco afortunada, ya que las actuaciones de los administrados no están destinadas a satisfacer a la autoridad aduanera sino sólo aquellos requisitos previstos legalmente para iniciar o culminar un procedimiento administrativo.

En relación a ello, debemos tener presente que los requisitos o formalidades legales (en la medida que sean razonables y no sirvan de velada práctica para privar a los administrados de sus legítimos derechos), constituyen el mecanismo idóneo para que la Administración pueda verificar el cumplimiento cabal del fin que la norma persigue.

De otro lado, nótese que la finalidad del régimen de exportación definitiva, conforme a lo señalado en el artículo 54 de la Ley General de Aduanas, es que los administrados puedan, bajo control aduanero, retirar mercancías del país para que éstas sean usadas o consumidas de modo definitivo en el exterior.

En función a ello, y a los efectos de regularizar una declaración de exportación, la autoridad aduanera debería "darse por satisfecha" cuando, de un lado, el exportador presente la totalidad de documentos exigidos por ley; y, de otro, cuando no existan contradicciones ni inconsistencias entre lo que éste declara y lo que presenta. En otras palabras, cuando existe correspondencia entre la finalidad perseguida por la norma y la documentación que sustenta la operación.

Como vemos, en el caso planteado, en realidad, no existe tanta "discrecionalidad" como podría suponerse. No obstante ello, reiteramos, el texto de la norma definitivamente no es el más feliz.

Abriendo los Ojos

La Barbie Oroya

Pedro Vera

Hace algunas semanas, mientras veía el noticiero antes de salir a trabajar, me llamó la atención uno de los titulares. Se hacía referencia a un problema suscitado en torno a ciertos accesorios de la popular muñeca "Barbie", fabricados por la sucursal de Mattel en China, que contenían plomo. En efecto, continuaba la noticia, grandes cantidades de este producto habían sido utilizadas en la elaboración de los mencionados accesorios

Los compuestos del plomo son tóxicos y pueden causar envenenamiento, además de acumularse en la sangre dañando el cuerpo humano. Ingresan al organismo a través de la piel, por ingerirlo y/o respirarlo. Por ello, a nivel internacional se han establecido estándares de concentración de este elemento en el aire, agua, cuerpo, entre otros. Es sobre la base de estos estándares que se determinó que los accesorios de la "Barbie" eran, en sentido estricto, un riesgo para la salud de los menores, razón por la cual debían ser retirados del mercado cuanto antes.

Ahora bien, lo que más llamó mi atención fue ver la rapidez con la que actuaba la población. Empezando por la prensa, que instaba a los consumidores a devolver los productos en caso haberlos adquirido. Luego, durante la primera semana de conocida la noticia, pudimos ver a los presidentes de ASPEC y del INDECOPI, quienes señalaban que se tomarían todas las medidas necesarias para defender a los consumidores de este peligro. Finalmente, escuché declaraciones del ex Ministro de Salud, acerca de todos los peligros que conllevaban estos juguetes por el plomo que contenían.

Pero esto llamó mi atención, no tanto por la célere y eficaz actuación de los diferentes participantes, sino porque el plomo me hizo acordar que cerca de la capital (aproximadamente a 200 kilómetros), en la zona de la Oroya, hay niños que, sin temor a exagerar, viven como si jugaran con estos accesorios de la Barbie, e inclusive como si se hubieran ingerido los mismos. La concentración de plomo en la sangre de la mayoría de esos niños está cuatro veces por encima de los estándares internacionales. Sin embargo, respecto de ellos, ni la prensa ni las autoridades son tan proactivas. Es más, hasta me atrevería a decir que son indiferentes. Esta situación se ha mantenido por más de veinte años y nunca se ha tomado una acción concreta para solucionarla.

Mientras esto acaecía en nuestro territorio, pude ver en las noticias que en Argentina, las autoridades ambientales, habían cerrado una refinería de Shell por infracciones graves a las normas ambientales. Las infracciones en las cuales se basó la sanción, a pesar de dañar gravemente el medio ambiente, no producen un daño directo en la salud de las personas como sucede en la Oroya con el plomo, sin embargo las autoridades no dudaron en aplicar las sanciones correspondientes. Sería positivo contar con autoridades ambientales así de eficientes y que la proactividad de la prensa y de los funcionarios no se limite a casos que de una u otra manera los pudieran afectar, sino que abarque todos los casos que se dan dentro de nuestro territorio



Fujimori y desarrollo económico

Alfredo Bullard

La extradición de Fujimori ha polarizado el país dividiéndolo entre quienes ven que por fin se hace justicia, frente a los que ven un acto de persecución política. Estos últimos tienen argumentos que van desde el "no se le ha probado nada" hasta el "no importa lo que haya hecho si acabó con el terrorismo y trajo desarrollo económico".

Lo cierto es que, más allá de las consecuencias positivas de algunas medidas en lo económico, la corrupción durante el fujimorismo también es responsable de menores tasas de crecimiento a aquellas que estamos experimentando. Así, el argumento de "el fin justifica los medios" es puesto en tela de juicio por la data económica.

Hay consenso entre los economistas que la corrupción impacta de manera importante el desarrollo económico. Según el economista italiano Pablo Mauro, el avanzar un escalón en la escala de corrupción (siendo 0 la corrupción generalizada y 10 la honestidad más inmaculada) significa un crecimiento anual adicional de 0.25 puntos en el PBI, es decir hasta 2.5% más de crecimiento.

Sobre la base de este tipo de mediciones, dos economistas (García y Da Silva) han determinado que en un país tremendamente corrupto como Brasil, reducir los niveles de corrupción de su situación actual al promedio mundial significaría que en 26 años el ingreso de la población subiría en 59% y se duplicaría en 15 años si el nivel se redujera a los niveles de Canadá, uno de los países menos corruptos del mundo. Ello significa, en números gruesos, mejoras de entre 1.8% a 2.5% puntos adicionales en el crecimiento del PBI anual. Si la cifra le parece impresionante, le comento que el Perú está mejor que Brasil... por una ñisca. Mientras Brasil ocupa el lugar 62 con 3.7 puntos (sobre 10) en el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional, el Perú ocupa el puesto 65 con 3.5. Está "allí nomás".

Recomiendo leer el trabajo de Saki Bigio y Nelson Ramírez-Rondán del Banco Central de Reserva del Perú (www.bcrp.gob.pe/bcr/Documentos-de-Trabajo/DT-2006007-Corrupcion-e-Indicadores-de-Desarrollo-Una-Revision-Emp.html) sobre las relaciones entre corrupción y desarrollo. En casi todos los indicadores se concluye que mayor corrupción significa menor desempeño económico.

Por ejemplo, un país con mayor corrupción gasta menos en educación por habitante. Ello se explicaría por que la educación no involucra gasto en grandes obras de infraestructura o de bienes de donde los corruptos puedan extraer rentas, lo que desincentiva a los funcionarios de gobierno a gastar mucho en esta actividad. En ese sentido una mejora de 2 puntos en la escala del 1 al 10 en los índices de corrupción, podría conducir a un incremento del gasto en educación en 0.5% del PBI.

Razones similares (mayor rentabilidad de actividades corruptas en relación a otras actividades económicas como la salud) conducen a que mayor corrupción eleve los índices de mortalidad infantil en casi un tercio adicional en países con mayor nivel de corrupción.

Por el contrario, la corrupción eleva el gasto militar que contribuye poco al desarrollo económico y al bienestar. La razón es muy simple. Los corruptos buscarán actividades de gasto donde el control y la transparencia sean menores. Bajo la alegación de seguridad nacional y secreto de Estado, el gasto militar está libre de controles, lo que lo convierte en caldo de cultivo para actos de corrupción.

Además, la corrupción fomenta la desigualdad. Los que tienen menos posibilidades de corromper reciben menos beneficios del Estado y reducen su inversión por temor a perder ante actos que benefician al que puede obtener algo a cambio de un pago. Con ello, la corrupción hace más pobres a los más pobres.

La corrupción hace menos productivo y eficaz el gasto público, reduce la inversión y genera una sensación de desconfianza y desazón generalizada en la población. La impunidad, derivada la ineficacia del sistema legal para sancionar a los corruptos, es el principal alimento de la propensión a corromperse. El traer a Fujimori y juzgarlo reduce significativamente la sensación de impunidad que los políticos y funcionarios públicos pueden tener. Se aprende así que la mano de la justicia se ha hecho más larga y efectiva. Con ello, es de esperar que la corrupción se reduzca.

Por lo tanto, traer a Fujimori y juzgarlo contribuye al crecimiento económico, liberándolo de los lastres que la percepción de corrupción del gobierno fujimorista nos dejó. Para quienes creen que Fujimori trajo desarrollo económico hay que recordarles que a veces lo que nos dan con una mano, nos lo quitan con la otra.

Desenfocados



Perú y Ecuador: en búsqueda de la integración regional

Diego Rivadeneira
Embajador de Ecuador en el Perú

Antes del año 1998 Perú y Ecuador vivieron separados por la historia, inclusive en el año 1995 tuvimos un conflicto bélico muy doloroso, pero dicho acontecimiento nos motivo a llegar a un proceso de negociaciones y a una solución definitiva del conflicto que nos había separado durante 100 años. Es así que el 26 de octubre de 1998 suscribimos en Brasilia el Acuerdo Global de Paz. A raíz de este acuerdo, las relaciones cambiaron totalmente, se levantó una barrera que separaba artificialmente a los dos pueblos. El caso del comercio bilateral es emblemático, en el año 98 este llegaba alrededor de los 287 millones de dólares, el día de hoy este llega a los 1500 millones dólares, es decir en 9 años se ha quintuplicado el comercio bilateral y se espera que en un par de años este llegue a los 2000 millones de dólares.

En el tema de la relación entre los pueblos, la tendencia es la misma, tuvimos en junio de este año una reunión histórica, la reunión de los gabinetes binacionales de Ecuador y Perú que se reunieron en Tumbes y que contaron con la presencia de sus presidentes, el Presidente Rafael Correa y el Presidente Alan García. Esta reunión que estaba prevista para realizarse en 2 horas se prolongo por 8 horas y con los dos presidentes solicitando información sobre cada uno de los aspectos de la relación bilateral, con lo cual fueron dando instrucciones a cada uno de sus ministros en temas de migraciones, de comercio, de aduanas, de transportes, de construcción de vías de interconexión, etc. Además se fijaron plazos para el cumplimiento de tareas y se han venido cumpliendo uno a uno cada uno de estos compromisos.

En el tema de seguridad y defensa se creo el mecanismo dos mas dos de reuniones de ministros de relaciones exteriores y defensa para el fomento de la confianza mutua, pero no solo se creo si no que ya se realizo la primera reunión, en la cual se tomaron importantes decisiones respecto del desminado humanitario en la antigua zona de conflicto. En el tema de comercio Ecuador se comprometió a levantar un sistema de licencias previas que constituían un obstáculo para algunos productos peruanos, si bien todavía existen algunos problemas en la aplicación de este levantamiento se trata de un problema administrativo que se viene corrigiendo. Otro elemento que demuestra este cambio significativo en las relaciones es el tema de la solidaridad , hace 1 año en el Ecuador erupcionó el volcán Tungurahua y el primer país en hacerse presente a través de una donación para las víctimas fue el Perú, del lado ecuatoriano primero fue el tema del friaje en la zona alto andina peruana, Ecuador fue el primer país que presentó donaciones del sector público y privado y luego con el terremoto en Pisco el Ecuador envío dos aeronaves con importantes donaciones, inclusive, hace poco recibí en Lima a Miss Ecuador y al Gobernador de la Provincia del Guayas que vinieron a entregar una importante donación recolectada por ellos entre los colegios de Guayaquil.

En el tema de la concertación política estamos trabajando permanentemente en Naciones Unidas, la OEA y en el seno de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, tenemos posiciones compartidas, es decir tenemos una misma agenda y vamos juntos en búsqueda de un desarrollo común de nuestros pueblos. Ecuador y Perú están participado activamente en el proceso de integración Andina y de integración sudamericana. En el caso de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) fue elegido el ecuatoriano Freddy Ehlers para ser secretario general de la CAN, que esta trabajando con funcionarios de los cuatro países miembros en función de un desarrollo de la Región Andina. Ecuador está participando desempeñando un papel importante en el acercamiento de Bolivia hacia la posición de Perú y Colombia. Digo esto porque Perú y Colombia se encuentran negociando un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos que esta en proceso de ratificación, Ecuador no ha llegado a un TLC porque más bien es partidario de un amplio acuerdo de comercio con los Estados Unidos, en cambio la posición boliviana es más bien crítica del TLC, en ese sentido Ecuador ha hecho un trabajo importante de acercamiento de Bolivia a fin de mantener la unidad andina. Considero que este trabajo ha sido positivo, es así que los cuatro países vienen participando de manera muy activa en el proceso de asociación con la Unión Europea (UE), ya se ha tenido una primera reunión del proceso de asociación con la UE en Bogotá, la próxima reunión está planeada para realizarse en Europa, luego otra en Lima. La CAN a pesar de las diferencias que hay en materias comerciales, fundamentalmente por la diferente visión que hay con respecto al TLC con los Estados Unidos, marcha hacia delante y constituye una institución importante para la solución de problemas, para la coordinación de nuestras posiciones frente a los diferentes temas ya sea bilaterales o con otros bloques como la UE.

Considero que nos encontramos muy cerca de alcanzar la tan anhelada integración regional, primero porque en el mismo proceso de asociación con la UE nos hemos propuesto que se construya un convenio en base a tres pilares fundamentales, el primero el dialogo político, el segundo el de la cooperación y el tercero es el del comercio. Es decir no estamos pensando únicamente en el comercio, hacerlo sería un error, si bien el comercio es un elemento importante de la integración, no es el único. Tenemos que pensar en una integración con rostro humano, afín de que sea una verdadera integración y es así que lo estamos enfocando en el caso de la Comunidad Sudamericana de Naciones, una integración integral, una amplia integración que tenga en cuenta las necesidades de los pueblos, la realidad de estos, sus esperanzas, sus problemas. Hay un tema fundamental en el tema de la integración que es el tema de las migraciones, es un tema en el que debemos poner mucho acento y darle una gran prioridad, ya que afecta a los pobladores de nuestros países por igual. Hace falta que nuestros países vayan diagramando primero una política Andina y luego una política Sudamericana de migraciones para fortalecer nuestra posición frente a la posición dura, a veces inhumana que se esta formando en los países industrializados. Debemos convencer al mundo industrializado que el migrante no es un delincuente, que la migración no es un delito y que más bien son víctimas de un fenómeno negativo de la globalización. La globalización es un hecho al que no podemos sustraernos que genera muchos hechos positivos, pero que lamentablemente esta causando que la brecha entre quienes tienen los medios de producción y entre aquellos que no los tienen se amplíe de manera considerable

La Reforma Frustrada

Enfocados

Entrevista a:

Luis Pásara

Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador Ramón y Cajal del Instituto Interuniversitario de Iberoamérica, Universidad de Salamanca

Por: Agustín Grández
Carlos Glave

Para nadie es un misterio la lamentable situación en la que se encuentra el Poder Judicial y en general el sistema de justicia peruano. En un momento histórico en el que un ex mandatario está "ad portas" de ser sentenciado por la justicia peruana, el sistema de justicia afronta su mayor desafío. Enfoque Derecho tuvo el privilegio de conversar con el Dr. Luis Pásara, que nos brinda algunos elementos para entender cuál es la realidad del sistema judicial y cómo debemos de entender una verdadera reforma de la justicia en el Perú.

Desde hace muchos años en el Perú se viene hablando de la reforma del Poder Judicial ¿En qué consiste una verdadera reforma del sistema de justicia? ¿Ello realmente ha sucedido? ¿Cuál es la situación actual?

Dado que no vivo en el Perú desde hace más de veinte años, probablemente no soy la persona más adecuada para hacer un balance. Sí puedo atestiguar que el tema se inició en el Perú hace treinta años y se han producido tres "olas" de reforma, correspondientes a la década de los años setenta, de los años noventa y la actual. Si una "verdadera reforma del sistema de justicia" implica una suerte de refundación, en la que concuerden diferentes actores sociales y políticos, ésta no se ha producido. La reforma más profunda fue la que se intentó en los años setenta, pero no se entendió bien la necesidad de independencia de los jueces, a quienes se intentó sujetar mediante el Estatuto del Gobierno Revolucionario a objetivos políticos, y sus mejores efectos fueron desbaratados por el segundo belaundismo. La reforma de Fujimori incluyó una serie de reformas organizativas, algunas de interés, pero resultó pervertida por el objetivo de controlar a los jueces, tanto con propósitos políticos como por intereses mafiosos. La situación actual exhibe algunos avances de interés y mucho de falta de voluntad de cambio en los actores institucionales. La peruana es, pues, una reforma frustrada.

¿En Latinoamérica en general como se ha llevado a cabo la reforma del sistema de justicia en los últimos años?

El panorama es muy desigual. El área de mayor intensidad es la correspondiente a la reforma procesal penal que, si no me equivoco, se ha producido en 16 países, con logros, a la vez, muy heterogéneos. Si se toma las tres principales cuestiones que usualmente se incorporan a una reforma integral (acceso, independencia y eficiencia), los mayores cambios corresponden a la independencia de los jueces, que en términos generales hoy dependen menos del poder político que antes, y a la eficiencia, que en ciertos países presenta logros significativos.

¿Es adecuado que exista una entidad ajena al Poder Judicial, como el Consejo Nacional de la Magistratura, que se encargue de la selección y nombramiento de jueces y fiscales, y que también aplique sanciones disciplinarias?

Precisamente, los logros en materia de independencia están generalmente asociados a la instauración de los consejos. No se trata sólo de la creación de una instancia especializada para desarrollar ciertas funciones; también hay que incluir el establecimiento de procedimientos objetivos, tanto para el nombramiento como para la evaluación y la sanción de jueces y fiscales. La creación de una instancia nueva devino necesidad en muchos países a partir de la experiencia con el funcionamiento de otras dos vías: el poder político o la corte suprema. En el primer caso, el nombramiento por el Presidente de la República o el Congreso como era la situación peruana daba lugar a una "deuda" del nombrado respecto de quien lo nombró. En el segundo caso, un papel decisivo del superior jerárquico reforzaba una situación de dependencia que existe y que es nociva para la independencia del juzgador. Los consejos no han resuelto el asunto totalmente pero han aminorado el grado de intervenciones indeseables en la carrera judicial y, por esa vía, han reforzado la independencia.

A pesar del incremento del presupuesto para el Poder Judicial en los últimos cinco años, desde el propio Poder Judicial se sigue reclamando un incremento en su presupuesto y tener autonomía presupuestal total. ¿El problema de la justicia en el Perú pasa por el incremento del presupuesto destinado al Poder Judicial? ¿O resultan ser más importantes otros factores? ¿Es importante que el Poder Judicial cuente con autonomía presupuestal?

La reforma de la justicia requiere dinero pero no consiste en más dinero. El caso argentino y el peruano demuestran que no basta con duplicar o triplicar el sueldo de los jueces. La justicia es una maquinaria que, como cualquier otra, resulta insaciable para devorar recursos. Pero si los procesos de reforma han dejado alguna lección, ésta consiste en que no se trata de hacer más de lo mismo, que es lo que generalmente se pretende cuando se pide más fondos para instalar más juzgados y tribunales. Se debe estar seguro de que se está gastando en lo que debe gastarse, y sólo después se debe pedir más fondos. Los prolijos trabajos de Wilson Hernández sobre el gasto en el Poder Judicial peruano revelan muchos problemas que deben ser encarados antes de seguir pidiendo más fondos. El país tiene derecho a preguntarse si un mayor esfuerzo fiscal en justicia corresponde o no a una racionalidad en el gasto que conduzca a resultados efectivos en términos de un mejor servicio al justiciable.

Argentina es un ejemplo de que la autarquía presupuestal no conduce a nada cuando no hay claridad sobre la reforma que se necesita. Los jueces tienden a pensar que la reforma se debe hacer en beneficio de ellos, no del ciudadano. Al lograr autonomía o autarquía presupuestales, orientan el gasto en provecho propio, lo que no siempre se traduce en una mejor justicia.

Sabiendo de antemano que en nuestra sociedad existen muchas desigualdades principalmente a raíz de la pobreza y/o la discriminación, y que ello puede ser muy crítico para el sistema de justicia, toda vez que el desencuentro entre las necesidades sociales de justicia con el aparato destinado a administrarla puede ser una de las mayores fuentes de insatisfacción ciudadana frente a la justicia, ¿le corresponde al sistema de justicia ampliar los canales para el acceso a la justicia? ¿Cómo se puede realizar un acercamiento entre la realidad social y el funcionamiento de la justicia?

Efectivamente, la pobreza es una barrera para el acceso y la desigualdad social hace sólo declarativa la igualdad ante la ley. Una parte del problema puede ser encarada desde el sistema de justicia. Por ejemplo, se puede proveer defensores públicos eficientes, bien remunerados. Pero, dada la magnitud de pobreza y desigualdad, lo que se haga desde la justicia es un paliativo. Ciertamente, se puede ampliar canales pero mientras esas características sociales subsistan, sus consecuencias se manifestarán en el funcionamiento de la justicia, pese a la buena voluntad de los actores institucionales.

El nuevo Código Procesal Penal ya ha comenzado a ser implementado en algunas zonas del Perú ¿qué podemos esperar de este nuevo Código? ¿En que se debe basar una reforma procesal penal?

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que una reforma procesal penal, como cualquier otra reforma, no consiste en un cambio de código. Ésta es una reforma profunda, en la que los actores del proceso cambian de papel, con el objetivo de mejorar la calidad de la justicia penal. No soy un entusiasta del cambio de sistema debido a que sus altos costos no aseguran según se ve en la experiencia latinoamericana un mejor servicio. Pero, dado que en el Perú se decidió introducir el sistema acusatorio, hay que lograr que funcione lo mejor posible. Esto requiere un cambio cultural, para desprenderse del viejo anclaje al papel escrito. El proceso se ha venido desenvolviendo para constituir un expediente y no para juzgar y resolver de manera adecuada el caso. De allí que el desafío sea muy grande. Jueces, fiscales y abogados tienen que intervenir en el proceso con otra actitud. Si no se logra ese cambio, la sustitución de sistema procesal penal puede ser intrascendente, como se ha visto en varios otros países.

Existen personas en el Perú que

consideran que el Tribunal Constitucional a través de distintos fallos se viene excediendo en sus facultades, principalmente porque vulnera atribuciones que le corresponden al Poder Judicial ¿Considera que ello es cierto? ¿Deben existir límites en su función? En todo caso ¿Cuál es el papel que le corresponde al Tribunal Constitucional en la actualidad?

Las cortes o tribunales constitucionales hubieron de ser creadas bajo modelos europeos debido a que en América Latina el poder judicial había mantenido, como tendencia, una línea obsecuente frente al poder político, que le aconsejó no ejercer cabalmente el control de constitucionalidad sobre los actos de gobierno. El temprano estudio de Domingo García Belaúnde sobre los habeas corpus en el Perú muestra su ineficacia práctica, gracias a un Poder Judicial sometido al Ejecutivo y al Legislativo.

No he estudiado la producción del Tribunal Constitucional, de modo que no puedo atreverme a emitir un juicio sobre ella, con la audacia con que lo hacen algunos colegas. Pero mi impresión, a partir de la lectura de algunas decisiones y de trabajos especializados como el de Wilfredo Sanguineti en materia laboral, es que el TC ha innovado jurisprudencialmente de manera bien fundada, en una serie de asuntos. Creo que lo hecho acerca de la justicia militar es de muy buena calidad. De modo que mal podríamos lamentarnos de lo avanzado por el TC, sobre todo si el lamento se hace en nombre de una Corte Suprema que, como línea histórica, pocas veces ha estado a la altura de las circunstancias en su producción jurisprudencial.

¿El hecho de que Fujimori haya sido extraditado y vaya a ser procesado por la justicia peruana implica un desafío en cuanto a la independencia, transparencia y calidad en el sistema de justicia?

Es un desafío enorme para cualquier Corte Suprema, con mayor razón lo es para la peruana, cuya trayectoria deja mucho que desear, desde Leguía cuando la Corte se negó a someterse al dictador la Corte Suprema no ha dado lecciones de independencia respecto al poder político, que algunos jueces de otras instancias sí han sabido dar. Lo más interesante de este proceso reside en lo que nos diga no respecto de Fujimori que, en realidad, ya lo sabemos sino respecto de la Corte. En esto reside la novedad del proceso: la calidad del juzgamiento del dictador medirá el nivel que la Corte Suprema puede demostrar en esta prueba.

¿Para poder alcanzar una verdadera reforma en el sistema de justicia es necesaria la participación de todos los actores involucrados? ¿Cómo se puede lograr la participación de todos?

Este es uno de los mayores problemas de la reforma, dado que ciertos actores institucionales no tienen interés alguno en la reforma, los abogados, para comenzar. Con los abogados sucede lo que con el ladrón del cuento, que se escondía entre la gente gritando, "Al ladrón, al ladrón". El abogado es uno de los principales responsables del estado de la justicia y no sólo no lo admite sino que responsabiliza a los magistrados. En el fondo, el abogado litigante prefiere que todo siga como está porque él sabe desempeñarse en ese mundo, por podrido que esté. Una reforma es un riesgo para él, al redefinirse reglas de juego, acaso él no sepa jugar con las nuevas. De modo que prefiere oponerse, generalmente de manera silenciosa y, cuando lo estima conveniente, en nombre de principios en los que no cree.

Jueces, fiscales y personal auxiliar tienen la misma resistencia, los cambios demandan un esfuerzo de adecuación y habilidades que a lo mejor uno no tiene. El cambio es peligroso y hasta amenazante. En América Latina sólo minorías en las instituciones del sistema de justicia demuestran compromiso con el cambio y están dispuestos a arriesgarse.

De modo que la reforma de la justicia carece de impulsores. Le hace falta un fuerte movimiento social de respaldo y reclamo porque sólo cuando hay reclamo los políticos se interesan en el asunto. Pero el ciudadano tiende a vivir su insatisfacción con la justicia como un asunto individual. No siempre se ha podido socializar esa demanda hasta plantearla como exigencia, si no de todos, de muchos. Se ha logrado tratándose de las víctimas de la delincuencia, por ejemplo, o de violaciones de derechos humanos. Pero rara vez se ha producido una movilización social grande y duradera por la justicia.

Hay que abrir ocasiones para ella. La participación social en los nombramientos judiciales ha dado resultados aleccionadores en Argentina y en República Dominicana. Basta publicar los nombres de los candidatos con anticipación suficiente pero, claro está, no sólo en el diario oficial para que la gente reaccione e impida que un sinvergüenza sea nombrado juez.

No se podrá lograr la participación de todos, pero sí de muchos. Y así, la sociedad se hará cargo de la parte que le corresponde en el logro de una justicia mejor.

Hace más de un año en THEMIS viene funcionando la Comisión de Desarrollo Social que tiene como principales actividades atender un consultorio jurídico gratuito, realizar talleres sobre temas de relevancia social y elaborar proyectos sociales con el fin de cambiar una situación determinada a lo largo del tiempo. ¿Considera que actividades de proyección social deben ser impulsadas en las facultades de derecho? ¿De que manera se debería realizar?

Una de las preguntas anteriores aludió a esa distancia entre derecho y realidad social que Roberto MacLean ha analizado estupendamente en más de un trabajo. Los abogados tendemos a mirar el derecho en sí y, lo que es peor, a mirar la realidad a través del prisma del orden legal. Así se nos prepara en las facultades. Un profesor mío de derecho civil repetía en clase: "Lo que no está en el expediente no es de este mundo". Probablemente así se gane un juicio pero no se presta un servicio a gente que tiene problemas, no solo expedientes. El mundo del derecho está construido sobre supuestos y ficciones que, gestadas en países con una realidad distante de la subdesarrollada, en países como los nuestros se tornan grotescos. Esto incluye desde la presunción del conocimiento de la ley hasta notificaciones mentirosas y consiguientes juicios en rebeldía.

Si la llamada Proyección Social se orienta a que el estudiante de derecho confronte este divorcio, es una vía importante. Pero no siempre ocurre así: durante mucho tiempo y en varios países, he visto cómo actividades como el consultorio jurídico gratuito se agotan en sí mismas y constituyen una suerte de paréntesis en la formación del abogado, lo que carece de sentido. En suma, las facultades de derecho deben efectuar proyección social pero en una estrategia que se dirija a "sacar" al estudiante del mundo cerrado de las leyes para que mire la realidad.

¿Qué se puede hacer para asegurar una adecuada formación en las facultades de derecho? ¿Considera que existe la idea de conseguir un título de abogado sólo por el hecho de conseguirlo, no importando la formación recibida? ¿Cuál es el papel que le corresponde jugar al Estado en esta situación?

En 2004, el entonces ministro de Justicia, Baldo Kresalja me encargó un estudio sobre las facultades de derecho. Los hallazgos, que fueron publicados (www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2004/informefinal.pdf), son impresionantes. La principal conclusión corresponde a un maligno encuentro entre una oferta de formación de baja calidad con una demanda de titulación rápida y sin exigencias. En este perverso mecanismo de mercado no cuenta el cliente, cuya ignorancia jurídica permitirá que el abogado lo estafe cobrándole por un servicio profesional ineficaz. Hay cada vez más facultades de derecho que ofrecen este trato a un estudiante que no quiere aprender para ejercer una profesión sino sólo lucrar con un título en la mano.

Sería sencillo decir que el Estado debe intervenir, pero el Estado realmente existente requiere, más bien, ser intervenido. De modo que lo que puede decirse seriamente es que se requiere de algún mecanismo de control público que certifique o acredite la calidad de los estudios. Esto no en salvaguarda del estudiante sino del ciudadano, cuyo interés pasa por lograr que cuando alguien tenga el título de abogado, realmente lo sea.

Vistazo Legal

¿Problemas para la migración de Sociedades

Agustín de la Puente Brunke
Analista
Comercial

Así como las personas naturales migran y cambian su domicilio a otro país, las sociedades también, aunque con menos frecuencia, lo hacen. Las motivaciones son distintas, pueden existir razones tributarias, regulatorias o de otra índole, pero la forma de hacerlo es, como puede presumirse, marcadamente diferente.

La Ley General de Sociedades tiene un solo artículo que trata sobre el tema, el Artículo 394, en el que se caracteriza esta operación como una de "reorganización de sociedades constituidas en el extranjero". La citada norma determina que la radicación de una sociedad extranjera en el Perú no conlleva un cambio de personalidad jurídica, es la misma entidad existente en el extranjero la que se traslada al Perú, con los mismos derechos y obligaciones que le correspondían, salvo aquellos que se extingan o modifiquen por virtud del cambio de domicilio.

Evidentemente, el traslado de la sociedad extranjera al Perú no sólo importa la decisión de cambio de domicilio tomada a junta de accionistas o socios, sino la adopción de uno de los tipos sociales regulados por nuestra ley y la consecuente modificación de estatutos que corresponda. Al respecto, las especiales exigencias de la ley societaria peruana requerirá eliminar figuras existentes en otros ordenamientos jurídicos, como es el caso del capital autorizado, y no suscrito y pagado.

El Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución 200-2001-SUNARP/SN contiene en sus artículos 135 a 139 una regulación detallada del procedimiento a seguir. Me gustaría hacer notar un aspecto del procedimiento que, en la práctica, impide la radicación de empresas de diversas jurisdicciones en el Perú.

Efectivamente, la regulación vigente exige que el acuerdo de migración de la sociedad, una vez elevado a escritura pública, se inscriba y genere una Apertura Preventiva de la partida registral de la sociedad en el Perú. Luego de ello, se dispondrá de seis meses para obtener la cancelación registral definitiva de la sociedad en su país de origen y presentarla al registro peruano. Una vez presentada dicha cancelación, la Apertura Preventiva se convertirá en definitiva. Si transcurre el plazo de seis meses sin presentarse la cancelación, caduca la Apertura Preventiva de la partida registral.

Este procedimiento, que sin duda tiene sentido desde el punto de vista peruano, como jurisdicción a la que migra la sociedad, choca con la legislación de diversas jurisdicciones en las que se exige para la cancelación de la inscripción de la sociedad que se demuestre la inscripción definitiva de la misma en la nueva jurisdicción.

En suma, si alguna vez pretenden trasladar o migrar una sociedad extranjera al Perú, confirmen que las regulaciones sean compatibles. De lo contrario, pueden encontrarse en un callejón sin salida en el cual el registrador peruano les pida la cancelación definitiva de la sociedad en su país de origen antes de extender la inscripción definitiva en el Perú, y el registrador del país de origen les pida la inscripción definitiva de la sociedad en el Perú antes de extender la cancelación definitiva correspondiente.

El TLC con los Estados Unidos y las tareas pendientes del Perú en materia ambiental

Lorenzo de la Puente
Analista
Ambiental

La razón por la cual el texto del TLC con los Estados Unidos contiene disposiciones de contenido ambiental, se debe al interés de que ninguna de las partes utilice (o no utilice) las medidas ambientales con el fin de generar una asimetría en el comercio y que ello pueda beneficiarla, lo que algunos llamarían un "*dumping* ambiental". Es decir, que las menores exigencias ambientales, sin ser razonables (punto clave en el TLC), en una jurisdicción, generen un menor costo en la producción de bienes o de servicios, respecto de otra jurisdicción, e impacten en el comercio.

El texto del TLC que ha quedado para la votación del Congreso de los Estado Unidos incluye las modificaciones en temas ambientales incluidas por el Protocolo de Enmienda, luego del cambio a la mayoría democrática de ese congreso. Los intereses comerciales están a la espera de su entrada en vigor; sin embargo, la vigencia del TLC no depende únicamente de la aprobación por el Poder Legislativo de los Estados Unidos, sino también del cumplimiento de las obligaciones ambientales del Estado Peruano que emanan del propio TLC. Entre estas obligaciones está la aprobación, y exigencia de cumplimiento, de las normas que pudieran ser necesarias para que no exista una asimetría entre las exigencias ambiéntales de ambas jurisdicciones.

Desde un punto de vista de organización administrativa ambiental, los compromisos contenidos en el texto de TLC y sus enmiendas exigen que el gobierno peruano tome acciones para mejorar su gestión ambiental, estableciendo claramente las competencias ambientales y mejorando la fiscalización (en esto, el tema forestal es de la mayor importancia, el cual es tratado extensamente en el Anexo 18.3.4, incluido por el Protocolo de Enmienda), además de definir una autoridad ambiental que sea el punto del contacto en el llamado "Consejo de Asuntos Ambientales" que se crea por este tratado.

Por supuesto que la suscripción del TLC no va a generar inmediatamente la capacidad y los recursos necesarios para una adecuada fiscalización ambiental sin embargo, la suscripción del TLC sí abrirá las puertas, según lo contempla su texto, a transferencia de capacidades y recursos hacia el Perú. Esto podría constituirse en una buena oportunidad para la mejora en la gestión pública, que se articularía a partir de la futura "Comisión de Cooperación Ambiental" contemplada, también, en el texto del TLC.

Hoy, el reto para el Perú está en que las exigencias ambientales que pudieran imponerse y exigirse no lleven a la exclusión de un sector de empresas de la cadena productiva. Será necesario que el Estado establezca mecanismos de beneficio e incentivo para la producción más limpia, y ponga en práctica programas de apoyo y capacitación para la pequeña y microempresa. Por ello, es imperativo que el gobierno actual asuma el rol de promotor de la industria limpia en el país, siendo congruente con nuestra realidad generando capacidad en su interior y estableciendo alianzas con el sector privado. No hay otro modo de ser competitivos en el ámbito internacional. Lo necesitamos, porque la pobreza es una de las causas de la contaminación y debemos seguirla superando.

Navidad ¿sin juguetes?

María Eugenia Yábar
Analista
Privatizaciones e Inversión

El sábado 15 de setiembre fue publicado e







Reglamento de la Ley 28376, ley que prohíbe y sanciona la fabricación, importación, distribución y comercialización de juguetes y útiles de escritorios tóxicos o peligrosos (en adelante, el Reglamento).

La Ley tiene por objeto proteger la vida, salud e integridad física de los consumidores frente a los juguetes o útiles de escritorio que contengan ciertas sustancias en porcentajes que excedan los límites permisibles. Concordamos con ello.

Sin embargo, debe realizarse un profundo análisis al Reglamento a fin de no desnaturalizar la Ley y, a su vez, crear posibles barreras de ingreso al mercado.

Hay dos principales novedades:

I. El Registro Nacional o Regional, en el que deben inscribirse los: (i) importadores, (ii) fabricantes, (iii) distribuidores, (iv) comercializadores y (v) almaceneros de juguetes y útiles, renovable cada cinco años; y,

II. La Autorización Sanitaria, que debe obtenerla también los: (i) importadores, (ii) fabricantes, (iii) distribuidores, (iv) comercializadores y (v) almaceneros de juguetes y útiles. Esta tiene una vigencia máxima de un año.

Ambas traen consigo una exuberante cantidad de requisitos que los administrados deberán cumplir ante la Dirección General de Salud Ambiental-DIGESA. En muchos casos, los requisitos se repiten a lo largo de los integrantes de la cadena de comercialización.

Como en casi todas las actividades económicas, la comercialización de juguetes y útiles de escritorio se da en cadena. Por ejemplo, en el caso de la producción, el productor comercializa sus productos al mayorista, este al minorista hasta llegar a los pequeños comercializadores que venden al consumidor final. En este sentido, no resulta eficiente que además de la Autorización Sanitaria de Importación obtenida por el importador, cada uno de los que intervienen en la cadena de comercialización, incluidos cualquier comercializador anterior al consumidor final, deba obtener una Autorización Sanitaria por los mismos productos con casi los mismos requisitos, aun cuando hayan obtenido su Registro como productor, distribuidor, comercializador o almacenero.

Es más fácil vender medicamentos para niños que juguetes o borradores. El medicamento debe obtener por única vez su registro sanitario pudiendo cualquier importador obtener una copia del mismo para su importación. Este registro sanitario tiene una vigencia de cinco años y no de uno como la autorización sanitaria. Las farmacias no requieren obtener un nuevo registro sanitario para los medicamentos, solo requieren de autorización para actuar como farmacias, además de su licencia municipal.

El Reglamento en sus Disposiciones Transitorias y Finales señala que el Ministerio de Salud deberá modificar su Texto Único de Procedimientos Administrativos-TUPA para incorporar los procedimientos a seguir para el Registro Nacional así como la obtención de la Autorización Sanitaria sin establecer un plazo. La norma ha entrado en vigencia sin la publicación de dicho TUPA y, por tanto, no existe procedimiento alguno para cumplir con los requisitos. La norma es aplicable para (i) las mercancías que se encuentran en el mercado interno (en las góndolas de las jugueterías) (ii) en tránsito al país (iii) zona primaria.

El silencio administrativo positivo deberá ser contemplado en el TUPA ya que de lo contrario, se podría generar una demora importante en el proceso de importación, producción, distribución y comercialización de juguetes y útiles de escritorio.

Las multas son importantes, ¿qué sucederá? ¿Tendremos juguetes en Navidad?

De la implementación de encargos de confianza en las operaciones de fusiones y adquisiciones de empresas

Christian Castellares
Analista
Invitado

En los últimos años las operaciones de fusiones y adquisiciones de empresas (en adelante, M&As) han experimentado un gran dinamismo en el país, motivado principalmente por factores como liquidez, la falta de buenas oportunidades en otras regiones, la consolidación del crecimiento económico nacional entre otros.

El creciente dinamismo del sector de M&As ha incrementado el nivel de competencia en dicho sector. Esto, sumado a que la profesionalización de los procesos de fusiones y adquisiciones da como resultado que el margen de error de los compradores para agregar valor en las transacciones disminuya.

Es en el ámbito de la profesionalización de los procesos de fusiones y adquisiciones que surge la implementación de encargos de confianza (operaciones de *escrow*) en dichos procesos. Estos encargos pueden ser otorgados tanto por el comprador como por el vendedor a favor de un tercero imparcial llamado "agente", a quien se le confía una determinada comisión (ya sea de custodia, ejercicio de derechos, administración de bienes o flujos dinerarios, entre otros) de acuerdo a determinadas instrucciones, las mismas que constituyen el encargo de confianza propiamente dicho.

La implementación de dichos encargos dentro de los procesos de fusiones y adquisiciones son cada vez más frecuentes, tanto el comprador como el vendedor constituyen operaciones de *escrow* con el fin de brindar mayor seguridad y conveniencia en la operación. Partiendo de dicha premisa, el comprador podría encargar al agente el desembolso de los montos acreditados en las cuentas del *escrow* una vez cumplidas ciertas condiciones y requisitos de cargo del vendedor; de la misma manera, el vendedor podría instruir al agente la entrega de los documentos representativos del capital social de la empresa objetivo (*target*), previa verificación del cumplimiento de las condiciones precedentes a dicho acto incluyendo la constancia de pago del precio de compra de las acciones, por citar un ejemplo.

El punto más importante en la estructuración de una operación de *escrow* está vinculado con los términos y condiciones del encargo al agente, dichos términos y condiciones deberán ser establecidos en el contrato bajo parámetros objetivos, entendiendo que el referido encargo no significa la toma de decisiones discrecionales para el agente debemos de recordar que la imparcialidad juega un rol preponderante en este encargo.

Como se aprecia, la operación de *escrow* se constituye como pieza clave para el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes, dado que, al implementar una de estas operaciones dentro de la estructura de adquisición, se provee tanto al vendedor como al comprador de la suficiente flexibilidad en la conducción de la transacción para simultáneamente

Vistazo Legal

realizar los demás actos propios de las operaciones de adquisición, tales como, *due diligences*, inspecciones, informes, compromisos y demás documentación propia de este tipo de operaciones. En otras palabras, las partes podrán avanzar separados manteniendo al *escrow* como punto central de la operación. Asimismo, se genera un ahorro de tiempo que es sumamente importante en este tipo de operaciones.

Innovación en el Mercado de Valores. Un ejemplo desde España

Jose Antonio Payet
Analista Mercado de Valores

En un reciente viaje profesional a España, tuve la oportunidad de examinar la Nota de Valores relativa a la oferta pública de suscripción de Valores Santander (los "Valores") realizada por Santander Emisora 150, S.A.U. (el "Emisor") con la garantía de Banco Santander S.A. (el "Banco Santander" o el "Garante"), recientemente inscrita en los registros oficiales de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de España (la "Emisión"). El documento me resultó particularmente interesante y creo que ofrece algunas lecciones para el desarrollo de nuestro mercado que es conveniente resaltar.

La Emisión se realiza por un importe total de siete mil millones de Euros, en el marco de la oferta pública de adquisición de acciones lanzada por el Banco Santander conjuntamente con The Royal Bank of Scotland y Fortis S.A./NV (conjuntamente, el "Consorcio") respecto del 100% de las acciones de ABN Amro Holding N.V. ("ABN Amro") (la "OPA"). Según se señala en la Nota Informativa, los Valores tendrán diferentes características esenciales en función de si el Consorcio llega o no a adquirir ABN Amro mediante la OPA.

Así, si llegado el 27 de julio de 2008 el Consorcio no hubiese adquirido ABN Amro en la OPA, "los Valores serán un valor de renta fija con vencimiento a un año" devengando un rendimiento a un tipo de 7,30% nominal anual, y tendrán el mismo orden de prelación que los restantes acreedores del Emisor. En cambio, en caso que el Consorcio sí adquiera BN Amro en la OPA antes del 27 de julio de 2008, los Valores pasan en esencia a ser convertibles en acciones comunes del Banco Santander, a una relación de canje predeterminada.

La conversión opera a decisión de los titulares de los Valores en ciertas fechas y periodos y, en todo caso, se produce obligatoriamente el 4 de octubre de 2012. Asimismo, conforme lo indica la Nota Informativa, a partir de la fecha en que los Valores adquieren carácter convertible "en cada fecha de pago de la remuneración el Emisor decidirá si paga la remuneración correspondiente a ese período o si abre un período de aporte voluntario". Es decir, los inversores no tienen asegurado el pago del rendimiento. Sin embargo, "si en una determinada fecha de pago el Emisor no pagara íntegramente la remuneración, Banco Santander no podrá pagar dividendos ni realizar otros repartos a sus accionistas, ni adquirir ni amortizar acciones propias". De otro lado, al adquirir carácter convertible, los Valores pasan a tener carácter subordinado y los derechos que confieren pasan a situarse por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados del Emisor y del Garante y de los titulares de participaciones preferentes del Banco Santander y por delante de los accionistas ordinarios del banco.

Algunas reflexiones antes de esta emisión que pueden resultar relevantes para nuestra regulación del mercado de valores:

El emisor de los valores es una "Sociedad Anónima Unipersonal", que opera en este caso como un vehículo de propósito especial para la emisión. El riesgo crediticio de ésta y el valor de los títulos emitidos depende fundamentalmente del Banco Santander, que actúa como garante y que será el emisor de las acciones en las cuales los Valores podrán eventualmente ser convertidos.

El derecho español prescindió normativamente del requisito de la pluralidad de socios para la constitución de una sociedad en 1995. Cinco años antes, una magistral decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado, escrita por Cándido Paz-Ares, había declarado la subsistencia, con pleno goce de los atributos de la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada, de una sociedad anónima con un solo accionista: "La personalidad jurídica, como técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación, no se pone en entredicho por la *reductio ad unum*". En el Perú, seguimos atados al paradigma a-histórico de la pluralidad de socios y nuestra ley sigue atribuyendo carácter irregular a la sociedad anónima que se mantiene con un socio durante más de seis meses.

Los Valores se emiten para financiar una operación de adquisición en curso y de resultado contingente y sus características resultan plenamente amoldadas a las necesidades del grupo emisor en ese contexto. Por ello, los propios Valores tienen una estructura y unos derechos contingentes. Si la OPA fracasa, los Valores operarán como valores ordinarios de renta fija con un tipo de interés preestablecido. En cambio, si la OPA resulta exitosa, los Valores pasan a ser instrumentos convertibles y los derechos de sus titulares en cuanto acreedores se modifican sustantivamente, ya que pasan a estar subordinados, incluso a las participaciones preferentes del Banco (equivalentes a nuestras acciones preferentes bancarias). Incluso se permite que el Emisor decida no pagar la retribución periódica ofrecida, caso en el cual, sin embargo, debe abrirse una ventana de conversión en acciones y se aplican restricciones a la capacidad del Banco Santander de pagar dividendos. Este nivel de subordinación y la conversión obligatoria en acciones ordinarias permite que el Banco Santander prevea solicitar la calificación de los Valores como recursos propios básicos del Grupo Consolidado Banco Santander, es decir Tier I Core Capital para efectos de los requisitos patrimoniales de las instituciones financieras bajo la terminología de Basilea II.

Los Valores son valores atípicos creados por el grupo emisor y su existencia y características no requerían encontrarse contemplados previamente por la normativa española. Rige en España como en otros mercados, el principio según el cual los valores mobiliarios pueden ser estructurados libremente por los emisores. No existe un clausulado cerrado de tipos o clases de valores que puedan ser emitidos ni un requisito de autorización administrativa previa a la creación de un nuevo tipo de valor. El rol del regulador del mercado de valores está orientado a asegurar que se brinde información completa, veraz y oportuna, antes que a limitar el tipo, la clase o la estructura de los valores mobiliarios que se emitan. Dista ello mucho de nuestra actual legislación que subordina la creación de nuevos valores a una autorización previa de la Administración y que, con ello, restringe la posibilidad de innovación en el mercado de capitales y limita, por tanto, las alternativas de inversión disponibles en el mercado peruano.

Fe de erratas: en la edición N° 04 de Enfoque Derecho el nombre del analista invitado Martín Mayandía aparece escrito de manera incorrecta.

Análisis de Fondo

Zoom

Corte Suprema, Recurso de Casación y Reforma Judicial

Juan F. Monroy Gálvez

Si bien el tema a desarrollar está referido al segundo de los nombrados en el título, carecería de sentido explicar aspectos referentes a tal instrumento de técnica procesal, si el relato no hiciera referencia a su relación con el órgano jurisdiccional que lo emplea y con las razones de política judicial que le exigen una determinada orientación. Me explico.

Puede ser el recurso de casación como es nuestro caso o el recurso de revisión como el caso alemán o el certiorari en el caso norteamericano, ello no es determinante. Sin embargo, lo que resulta esencial es determinar qué se quiere del órgano judicial supremo, es decir, cuáles son las funciones y cuáles los fines que debe este cumplir desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y de la sociedad en que está inserto, respectivamente. Sólo precisando que queremos de la Corte Suprema, podemos tener claro que rasgos debe tener el instrumento que se elija para cumplir tal misión.

La imagen actual sobre cómo realiza su función social y política nuestra Corte Suprema se halla sensiblemente debilitada. Una razón para ello es que mantenemos una división por salas aparentemente surgida de la necesidad de la especialización aunque, en realidad, sólo es una copia de la organización judicial napoleónica de comienzos del siglo XIX. Esto ha determinado que mantengamos una Corte Suprema burocratizada, vertical, anacrónica, perdida en los detalles puntuales de los miles de expedientes que resuelve al año y en los de otros tantos que quedan pendientes para el año que viene.

En el contexto descrito, pedirle a un órgano jurisdiccional atiborrado de expedientes que cumpla funciones de política judicial resulta, sin duda, un exceso.

Sin embargo, lo que resulta evidente es que en el derecho contemporáneo la función judicial ha trascendido el cumplimiento de sus objetivos puramente jurídicos, es decir, el juez ya no sólo resuelve conflictos, elimina incertidumbres o controla conductas antisociales. Hoy el juez se pronuncia de manera militante sobre la ratificación de los valores constantes de su sociedad, también confirma el desencanto social respecto de conductas perniciosas para su Comunidad y, además, asegura la vigencia de los derechos fundamentales del ciudadano respecto de afectaciones que surjan de cualquier manifestación de exceso o abuso de poder.

Entonces, propiciar una reforma del sistema casatorio nacional es mucho más que un cambio en un sector de la estructura procesal civil, se trata de crear las condiciones para convertir a nuestra Corte Suprema en una auténtica manifestación de poder, en un agente de consolidación y de cambio de los valores y disvalores sociales que emergen en nuestro tejido social. Un ejemplo: nos preocupa las diversas manifestaciones de discriminación, conscientes o no, presentes en la sociedad peruana. Una posición constante de la Corte Suprema sobre la materia, la generación de un precedente judicial que oriente un tipo de comportamiento en la misma medida en que sancione severamente una afectación a la conducta establecida, puede ser el singular y significativo aporte que la Corte Suprema nacional puede dar para la solución de uno de nuestros problemas más inveterados.

Este objetivo, como resulta obvio, se engarza en la concreción de una reforma judicial cada vez más necesaria e indispensable. Si para alcanzar este objetivo nuestra Corte Suprema debe reducir de manera radical el número de expedientes que conoce, ese mismo objetivo resulta indispensable para, por otro lado, permitirle que con sus decisiones convierta a su jurisprudencia en una dirección o guía de la actuación de la judicatura nacional y, por natural extensión, de las exigencias de justicia que son planteadas por los abogados.

A este propósito, el Consejo Consultivo de la Presidencia de la Corte Suprema ha elaborado un proyecto de reforma del Capítulo de Casación del Código Procesal Civil. Este pretende concretar los objetivos antes descritos. A tal efecto se pueden describir los aspectos técnicos más saltantes.

a) Ratifica que los fines de la casación son, únicamente, procurar la aplicación adecuada del derecho objetivo y la uniformidad de la jurisprudencia nacional. Esto, con el fin de evitar se insista con la llamada "búsqueda de justicia al caso concreto", evitando que los "buenos deseos" conviertan a la Corte en un grado más.

b) Reduce la identificación de la causal casatoria a dos. Por un lado, la infracción normativa, la cual reemplaza el anacronismo y exagerado formalismo que encierra el listado actual (inaplicación, aplicación indebida e interpretación errónea). Por el otro, el apartamiento del precedente judicial, cuya explicación requerirá describir cómo se entiende el instituto citado en el proyecto, lo que se hace más adelante.

c) A contrapelo, se exige que el recurrente acredite que la infracción normativa haya sido decisiva para la decisión que se tomó, es decir, que haya una relación causal entre la infracción normativa y lo decidido.

d) Se incorpora el Principio de doble y conforme o de doble conformidad, el cual significa que dos decisiones expedidas en grados sucesivos, determinan que la segunda no sea casable. Esta es una propuesta en la que se debe tener claro, antes de discutirla, cuáles son los valores en liza. Aquí, por ejemplo, no está en discusión la calidad de nuestras salas superiores a nivel nacional. El dilema se presenta entre asegurar a la Corte Suprema un número limitado de procesos a fin de que pueda cumplir con sus fines de política judicial o mantener varias salas atiborradas de expedientes y pronunciando fallos muchas veces contradictorios con otros expedidos algunos meses antes por ellas mismas.

e) Se propone un trámite expeditivo por el cual sólo llega a la Corte Suprema el expediente original una vez que el recurso ha sido admitido. Habiéndose previamente tramitado, para tal efecto, un cuaderno con participación activa de las cortes superiores de cada distrito judicial. También se reduce la actuación jurisdiccional en el examen de admisibilidad, se considera que tratándose de requisitos externos es suficiente la actuación de tres jueces supremos.

f) Ante la severa restricción que se impone para la concesión del recurso, cabe la posibilidad de que, por razones formales, quede fuera de la actuación de la Corte un proceso que contiene un tema que podría ser determinante para que ésta cumpla sus fines. A este propósito se le otorga a la Corte la facultad de conceder el recurso aun cuando éste no cumpliera con un requisito intrínseco.

g) Otra novedad, trascendental para reducir el uso malicioso del recurso, consiste en no conceder la suspensión de la ejecución de la sentencia superior de condena. En consecuencia, sólo se mantiene la suspensión para la eficacia de las sentencias meramente declarativas y constitutivas. No es exagerado afirmar que la mayoría de los recursos de casación que actualmente se interponen no tienen otro propósito que obtener varios meses de pendencia respecto de la sentencia a hacerse efectiva.

h) Finalmente, se prevé la expedición de sentencias regulares y otras en donde la Corte puede otorgarle a alguno de sus considerandos la calidad de doctrina jurisprudencial. Asimismo, se concede a la Corte la facultad de que cuando la doctrina jurisprudencial se exprese reiteradamente, pueda, por propia decisión, convertir tal doctrina en precedente judicial y así, concederle los efectos de una norma dentro de nuestro ordenamiento. Se trata, además, de que la Corte use el precedente judicial y no que éste, por el tiempo o por su repetición, se adueñe de la Corte.

Estos son, a grandes rasgos, las propuestas de cambio que se pueden concretar. Como todo lo nuevo, al inicio puede incomodar y hasta desesperar a los espíritus melancólicos y conservadores. Sin embargo, si se aprecia el estado actual de la situación, se advertirá la necesidad y urgencia de crear escenarios distintos para propiciar una real reforma judicial. En todo caso, conviene ahora recordar a Mark Twain, "Un hombre con una idea nueva es un loco, hasta que triunfa".

De Observancia Obligatoria

Forma en los contratos

Ramón Vidurrizaga

Como se sabe, el artículo 1352 del Código Civil recoge el principio del consensualismo en la contratación privada, conforme al cual los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto en aquellos casos en que además deberá observarse la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad. En este último caso, la verificación de la forma es requisito de existencia y validez del contrato.

Como enseña el Maestro De la Puente, los contratos se pueden dividir en formales y no formales atendiendo a si la ley o las partes han establecido una forma determinada para su celebración. Teniendo en cuenta que el artículo 143 del Código Civil establece la libertad de forma en la celebración del acto jurídico, tendría que concluirse que, por regla general, los contratos son no formales y, por excepción, formales.

Ahora bien, se entiende que la forma impuesta por la ley (a los contratos formales, claro está) puede ser ad probationem o ad solemnitatem, dependiendo de si el cumplimiento de la forma es un requisito de prueba de existencia o de validez del contrato.

En el caso que se comenta (Expediente Casatorio 1218-06 UCAYALI, publicado el 2 de julio de 2007 en la página 19787 de El Peruano), un contrato de mutuo dinerario con garantía hipotecaria se formaliza mediante una escritura pública. Ante la falta de pago del deudor, el acreedor inicia la ejecución de la garantía hipotecaria. El deudor se defiende y contradice la ejecución sosteniendo que la obligación es inexigible pues el abogado del acreedor le exigió la entrega de bienes para cancelar la deuda, con lo que se habría modificado el contrato de mutuo volviéndose inexigible la obligación de entregar dinero. En las instancias inferiores se resuelve fundada la contradicción e inexigible la deuda puesta cobro.

La Corte Suprema resuelve casar la resolución recurrida y revocarla pues considera que habiéndose celebrado el mutuo con garantía hipotecaria por escritura pública, cualquier modificación posterior (como es la de la forma de pago) debía hacerse también por escritura pública, en aplicación de los artículos 1413 y 1648 del Código Civil. Para ello, la Corte Suprema señala que una vez celebrado un contrato en la forma que las partes acordaron, cualquier modificación posterior debe realizarse en la forma prescrita para ese contrato, de acuerdo al artículo 1413 del Código Civil. Consiguientemente, la Corte Suprema señala que si las partes celebraron el contrato bajo una forma solemne, entonces también deberán utilizar dicha forma solemne para modificarlo. De todo esto se concluye que, aun siendo el mutuo un contrato consensual (esto es, que no requiere forma solemne para su celebración), al haber acordado las partes otorgar dicho contrato bajo una forma solemne (escritura pública), tal forma debe respetarse para su modificación.

Teniendo en cuenta únicamente los elementos de hecho que se desprenden de la decisión judicial, consideramos que la resolución de la Corte Suprema aplica de manera incorrecta el postulado del artículo 1413 del Código Civil. En efecto, la norma en cuestión señala que las modificaciones contractuales deben realizarse bajo la forma prescrita para ese contrato. Por otra parte, como se mencionó líneas arriba, el principio de libertad de forma es la regla en la contratación privada, por lo que únicamente se exige el cumplimiento de una forma solemne cuando así lo establece la ley o las partes lo acordaron previamente.

En el presente caso, ¿resultaría de aplicación la presunción contenida en el artículo 1411 del Código Civil, según la cual la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable de validez del acto, bajo sanción de nulidad? Entendemos que no existe en los actuados judiciales ningún acuerdo previo y por escrito, conforme lo exige la ley, que regule la obligación de mutuante y mutuatario de otorgar una escritura pública para la celebración del contrato de mutuo. En tal sentido, no resultaría de aplicación la regulación contenida en el artículo 1411 del Código Civil. De otro lado, el contrato de mutuo no tiene ninguna forma solemne o probatoria prescrita por ley que para su celebración, por lo que las partes son libres de adoptar cualquier forma para su celebración.

En consecuencia, el hecho de que el mutuo conste en una escritura pública, formalizada por libre voluntad de las partes, no conlleva necesariamente que estemos ante una forma ad solemnitatem o ad probationem prescrita por ellas o por la ley para la celebración de dicho contrato. De ahí que la modificación del mutuo en cuestión podría realizarse bajo cualquier otra forma escogida por las partes con tal fin y no necesariamente a través de una nueva escritura pública. En cualquier caso, la discusión sobre si existió acuerdo de modificación del contrato de mutuo tendría que plantearse en términos de si bastaba una comunicación suscrita por el asesor legal del deudor para considerar que existía una oferta válida de modificación de la forma de pago, discusión que excede el propósito de este comentario.

Bajo la Lupa

Sobre las “repartijas”, el interés social y dos posibles trabas

Patricio Ato del Avellanal
Estudiante de la Facultad de Derecho PUCP

Siguiendo el sistema de "frenos y contrapesos" que propugna el Perú, existe un órgano (en realidad organismo) constitucionalmente autónomo encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes y proyectos elaborados por nuestros representantes estatales. El Tribunal Constitucional tiene así una gran responsabilidad frente a la población porque le compete decidir sobre los casos en que se violen derechos fundamentales tanto en lo público como en lo privado.

Que los miembros del Tribunal sean elegidos con dos tercios del número legal de los congresistas (artículo 201 de la Constitución de 1993) tiene coherencia en una lógica de consensos razonables, la cual lleve a un resultado que exprese cierto sentir mayoritario que respalde la elección de aquellos nuevos miembros. Pero, ¿qué pasa cuando no se llega al consenso señalado? Entonces, se abren las puertas del conflicto y no sorprende que congresistas califiquen de "repartija" a un procedimiento constitucionalmente establecido, que se ha llevado de esta forma durante varios años. Siendo esto así, ¿qué pasó con la última elección? La gran decisión del Congreso fue ponderar entre meritocracia (la llamada "trayectoria democrática") y el "acuerdo político" (cubrir cuotas de poder en el Tribunal), ante un escenario de dispersión de votos. En este caso se optó por lo segundo. Pero, ¿en dónde queda la idea de control y autonomía?

La garantía que elimina el conflicto de intereses a la hora de corregir las inconstitucionalidades radicaría en que los candidatos cumplan con una larga trayectoria democrática que serviría de contrapeso ante cualquier posible injerencia por parte del Congreso en el Tribunal. Obviamente, esta garantía se vuelve inexistente cuando en la elección, primero, en busca de un acuerdo político no todas las partes se reúnen y, segundo, se pasa por alto un listado de gradación en base a un análisis meritocrático para la creación de ternas arbitrarias. Ante tal situación cabe solo una consecuencia lógica: que se cambien las reglas de juego de tal forma que la probabilidad de arbitrariedades disminuya considerablemente.

Entonces, llegamos a la primera posible traba del cambio: ¿Cómo convencer a los legisladores, los cuales velan por nuestro interés y lo representan; para que cambien las reglas cuando están satisfechos con la figura actual? Si la crisis representativa es nuestro problema; la solución extrema sería "despolitizar" el procedimiento y proponer a otro elector, como el Consejo Nacional de la Magistratura, organismo encargado de la elección de los magistrados de la judicatura ordinaria, cuya configuración de miembros es descentralizada por la participación tanto del Sector Público como de la Sociedad Civil en su elección.

De escoger la limitación del procedimiento electoral por el Congreso o reemplazar al organismo elector, nos enfrentamos igual a una posible segunda traba. ¿Es eficiente canalizar este reclamo a través de un Tribunal Constitucional "politizado"? Lo más grave frente al cuestionamiento es la dejadez popular ante un necesario cambio, análisis que se desprendería del presente y que todo ciudadano diligente debería plantearse.

THĒMIS
Revista de Derecho



Finanzas Corporativas

54
edición

THĒMIS - 2do piso de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391 Fax: 271-4342 themis@pucp.edu.pe